

Empirismo y derechos humanos. Unas reflexiones a partir de la Filosofía del Derecho de K. Olivecrona

Empiricism and Human Rights. Some Thoughts about K. Olivecrona's Philosophy of Law

Oscar VERGARA

Universidade da Coruña

vergara@udc.es

RECIBIDO: 01/08/2017 / ACEPTADO: 07/05/2017

Resumen: Tomado en serio, el empirismo parece abocar a la negación de los derechos humanos; al menos entendidos como expresión de la naturaleza humana. Bajo esta óptica, K. Olivecrona rechaza explícitamente todo Derecho natural, por considerarlo una noción metafísica. En cambio, cuando describe el Derecho positivo, se encuentra con que éste parece asegurar un determinado orden de valores. Olivecrona, además de describir este dato, en diversos escritos asume dichos valores e incluso los defiende. Esta última postura no es muy coherente con una metodología que niega el conocimiento moral. Seguramente por ello, con el paso del tiempo, Olivecrona va abandonando la defensa de dichos valores e, incluso, marginando su interés por constatarlos empíricamente. El Derecho queda reducido a mera fuerza organizada y monopolizada por el Estado. Pero esta renuncia escamotea otro hecho empírico: la opción general y radical a partir de la segunda Guerra mundial de los modernos sistemas constitucionales por separar ley y derechos, constituyendo a los más básicos como fundamento del orden político y jurídico. A la vista de este fenómeno, pensamos que no sólo es posible explicarlo, sino que incluso se puede justificar, en la medida en que la institucionalización de estos derechos fundamentales no es sólo moralmente debida, sino, de un modo más específico, jurídicamente debida.

Palabras clave: derechos humanos; Derecho Natural; Empirismo; Constitucionalismo.

Abstract: Seriously taken, empiricism seems to lead to the denial of human rights; at least if they are understood as the expression of human nature. In this optic, K. Olivecrona explicitly rejects any natural law, for being a metaphysical notion. However, when he describes positive law, he finds that it apparently assures a specific set of values. Olivecrona, besides describing this datum, accepts and defends these values in various writings. This last choice is not very coherent with a methodology which denies moral understanding. Probably this is the reason why he gradually abandons the defence of those values and progressively drops his interest in validate them empirically. Law is reduced to a mere organized force monopolized by the State. But this renunciation overlooks another empirical fact: after the Second World War modern constitutional systems have generally and radically opted to separate Law and rights and moreover some of these have been set up as the basis of the political and legal order. In view of this phenomenon, we strongly believe that it is possible to explain it, but even to justify it, considering that the institutionalization of these fundamental rights is based on a specific demand of justice.

Keywords: Human Rights; Natural Law; Empiricism; Constitutionalism.

La presente reflexión tiene como objeto confrontar la noción de derechos humanos con una visión radicalmente empirista del Derecho, con el fin aparentemente paradójico de justificarla. Esta paradoja se entiende mejor si acudimos a la medicina. En efecto, cuando un médico prescribe una analítica a un paciente, utiliza los resultados que ésta arroja con el fin de acceder a algo

que en el fondo está más allá de los meros datos empíricos, como es la salud del paciente. Ésta, como ha señalado Gadamer, no puede en realidad medirse, porque se trata de un estado de medida interna y de coincidencia con uno mismo¹. Por eso afirma que la salud es algo oculto. Pues bien, el análisis empírico del Derecho, si bien es *a priori* metodológicamente incompatible con la afirmación de una realidad *oculta* que justifique la validez del Derecho, muestra unos resultados a través de los que se trasluce un orden de valores con capacidad para justificar los derechos humanos. El presente análisis gira fundamentalmente en torno al pensamiento jurídico de uno de los máximos exponentes del punto de vista empírico en el Derecho, como es K. Olivecrona.

1. DERECHOS HUMANOS E HISTORIA

Como señala Gadamer en *Verdad y método*, la experiencia del mundo socio-histórico no se eleva a ciencia por el procedimiento inductivo de las ciencias naturales². Por lo que se refiere a los derechos humanos, cuando esto se ha intentado, su justificación teórica –si es que ha sido aceptada– ha quedado marcada por el historicismo y el relativismo. Pero éste es un asidero débil para una noción llamada a erigirse en fundamento del orden político y jurídico constitucional.

En efecto, el neoconstitucionalismo ha supuesto una transformación profunda en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En virtud de este proceso la Constitución se ha desformalizado y ha pasado a entenderse como un «orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales»³.

Un rasgo importante de este fenómeno ha consistido en la separación entre ley y derechos. En efecto, como pone de manifiesto Zagrebelsky, en el s. XIX no existía una distinción sustancial entre ley y derechos. La Administración estaba sometida a la ley, pero no el legislador. Los derechos existían en la medida en que éste los hubiese creado. No eran una limitación, sino

¹ Cfr. GADAMER, H.-G., *El estado oculto de la salud*, trad. de N. Machain, Barcelona, Gedisa, 1996, p. 123.

² Cfr. GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2012, p. 32.

³ CRUZ, L., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, p. 4.

una concesión⁴. Sin embargo, las constituciones del siglo XX separan ley y derechos. El Derecho constitucional europeo reconoce a los individuos un patrimonio de derechos originario, independiente y protegido frente a la ley⁵. El Estado-legislador ya no es el señor del Derecho, sino sólo el señor de la ley⁶.

Los derechos que constituyen ese patrimonio son derechos fundamentales en la medida en que son situados constitucionalmente en la base del orden político y jurídico del Estado. Se trata de derechos evidentemente positivizados en la medida en que han sido incorporados al Derecho constitucional europeo. Pero ¿son derechos meramente positivos o exigencias objetivas de algún tipo de orden metapositivo? Positividad no equivale a objetividad. Como señala F. Laporta, desde la historia no es posible justificar nada, sino sólo dar cuenta de la presencia de algo⁷. Por ello, afirma P. Serna que si se intenta considerar los productos históricos como realidades objetivas, no cabe otra alternativa que superar esa historicidad radical e introducir la idea de naturaleza. La misma inteligibilidad de lo histórico lo reclama⁸.

Este trabajo gira en torno a esta última idea. En efecto, lo histórico no sólo *es*, sino que revela un cierto *modo de ser* que no se explica en términos meramente históricos. El dato positivo, a través de su misma positividad, apunta a un orden más profundo del que los derechos humanos son expresión. Este orden se revela de algún modo hasta en la visión más radicalmente empirista, como la que se va a examinar aquí a través del pensamiento jurídico de K. Olivecrona, destacado exponente del así denominado realismo jurídico escandinavo. Aunque éste no aborda directamente el tema como tal, es posible extraer una serie de conclusiones a partir de sus consideraciones sobre el Derecho natural, por un lado, y a partir de su teoría del Derecho, por otro. Olivecrona niega que existan derechos metapositivos, por lo que critica la teoría del Derecho natural. Sin embargo, su misma teoría del Derecho revela de algún modo el orden al que se ha hecho referencia. Su misma exposición empírica del Derecho apunta a un orden metaempírico que es el mismo que permite justificar más allá de la historia, la noción de derechos humanos.

⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 47-48.

⁵ Cfr. *ibid.*, p. 51.

⁶ Cfr. *ibid.*, p. 114.

⁷ Cfr. LAPORTA, F., «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», *Doxa*, 4 (1987), pp. 75-76.

⁸ Cfr. SERNA, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, p. 287.

2. EL DERECHO NATURAL

Conviene comenzar advirtiendo que Olivecrona sólo tiene en cuenta, para realizar su estudio, el Derecho natural elaborado según el modo racionalista, básicamente por Grocio, Pufendorf y Locke. Olivecrona acierta al notar que el derecho (lo suyo de cada uno) debe ser anterior a la justicia, si es que ésta consiste en «dar a cada uno lo suyo»⁹. Pero ¿cómo se determina lo que es suyo de cada uno desde un punto de vista natural? Para responder a esta cuestión, Olivecrona acude a los textos de Grocio y Pufendorf, donde se afirma que todo hombre tiene, en estado natural, una esfera de derechos (*suum*), en la que cada uno es soberano. En consecuencia, cualquier ataque contra ella constituye una *iniuria*, y tiene como consecuencia que el atacante pierde la protección ideal que su propia esfera le proporciona. El atacado es libre de reaccionar contra el atacante, y no comete injusticia alguna¹⁰.

El contenido de dicha esfera de derechos viene determinado, en parte por naturaleza, en parte por voluntad humana. Por naturaleza pertenecen a todo ser humano, según Grocio, la vida, el cuerpo, los miembros y las cosas que, puestas en público, han sido adquiridas por ocupación¹¹. De un modo similar, para Pufendorf, pertenecen a todo ser humano la vida, el cuerpo, los miembros, el pudor (*pudicitia*), la reputación (*existimatio simplex*) y la libertad¹².

El alcance natural del *suum* puede ser ampliado por medio de la voluntad humana, ya a través del pacto, ya a través de la ley¹³. En efecto, según Grocio, «Dios confirió en general al género humano el derecho sobre las cosas de esta naturaleza inferior, inmediatamente de creado el mundo y una vez restaurado nuevamente el mundo después del diluvio»¹⁴. Si bien, en un primer momento, todo era común e indiviso, como si fuese un solo patrimonio, «tal estado no pudo durar sino habiendo perseverado los hombres en una gran simplicidad», cosa que no sucedió, principalmente por ambición. Y así vinieron las cosas a ser objeto de propiedad. Hasta ese momento, uno podía tomar las cosas y

⁹ Cfr. OLIVECRONA, K., «Das Meinige nach der Naturrechtslehre», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1973, p. 197.

¹⁰ En efecto, Grocio recoge el clásico principio *Vim vi repellere licet* en GROCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), J. F. Gronovio (ed.), Amsterdam, G. Fritsch, 1735, lib. I, cap. 2, § I, n. 6.

¹¹ Cfr. *ibid.*, lib. I, cap. 2, § I, n. 5.

¹² Cfr. PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium* (1672), G. Mascovius (ed.), Frankfurt, Minerva, 1967, lib. III, cap. 1, § I.

¹³ Cfr. *ibid.*

¹⁴ GROCIO, *op. cit.*, lib. II, cap. 2, § II, n. 1.

quien se las arrebatara cometía injusticia, pero no se podía decir que existiera un derecho de propiedad sobre ellos¹⁵. Olivecrona interpreta esta ausencia del derecho de propiedad considerando que la limitación que entraña el deber correlativo al derecho sólo puede surgir del pacto¹⁶.

En Locke podemos ver algo similar. La «ley de la naturaleza» prohíbe dañar a otro en su vida, en su salud, libertad o posesiones (*property*)¹⁷. Por ello, quien ataca alguno de los bienes mencionados se coloca en un estado de guerra contra la humanidad, al regirse por reglas distintas a las de sus miembros¹⁸. El atacante pierde la protección de la ley natural y puede ser reducido como un animal salvaje¹⁹. Pero como la autotutela entraña un grave riesgo para la seguridad, se abandona el estado de naturaleza y se crean la sociedad y el gobierno con el fin de proteger más eficazmente dichos bienes²⁰.

Estos autores parten de la premisa de que el hombre es originalmente libre. Su ámbito de actuación sólo puede restringirse en favor de otro por medio de la sumisión voluntaria²¹. Por ello, el consentimiento mutuo es necesario para la formación de la sociedad. En el momento original, los miembros prometen, explícita o implícitamente, obedecer las normas aceptadas por la mayoría o por aquellos en quienes se ha delegado el poder de dictarlas. En consecuencia, el pacto es la fuente de la fuerza obligatoria del Derecho positivo humano²².

Olivecrona se plantea por qué, a su vez, vincula el pacto social. Considera que tiene que fundamentarse en algo que esté más allá de la voluntad de las partes, pues si se basase en ella, el contrato dejará de ser obligatorio tan pronto como dicha voluntad cambiase de sentido. Su fundamento, advierte, no puede

¹⁵ Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. 2, § II, nn. 1-5.

¹⁶ Cfr. OLIVECRONA, K., «Das Meinige...», cit., p. 200.

¹⁷ Cfr. LOCKE, J., *Two Treatises of Government* (1690), Laslett, P. (ed.), Nueva York, Cambridge University Press, 1988, 2, 2, 6 (pp. 270-271).

¹⁸ Cfr. *ibid.*, 2, 2, 8 (ed. cit., p. 272).

¹⁹ Cfr. *ibid.*, 2, 2, 11 (ed. cit., p. 274).

²⁰ Cfr. *ibid.*, 2, 9, 123 (ed. cit., p. 350). Sin embargo, según el profesor escandinavo, el uso del término «propiedad» (*property*) no es consistente en Locke, porque incluye en él tanto las cosas, como el derecho sobre esas cosas. Sobre la palabra «property», vid. OLIVECRONA, K., «The Term 'Property' in Locke's two Treatises of Government», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1975, pp. 109-115.

²¹ Cfr. *ibid.*, lib. I, cap. 6, § XII.

²² «Porque los que se juntaron en alguna comunidad, o se sometieron a uno o a varios hombres, éstos, o prometieron expresamente, o por la naturaleza del acto debieron entender que tácitamente prometían seguir lo que determinase, o la mayor parte de la asamblea, o aquellos en quienes se había delegado la potestad» (GROCIO, ob. cit., prol. 15).

ser otro que la ley natural. Uno de sus primeros principios establece que los pactos deben ser observados²³. Olivecrona entiende que la razón de ser de este principio consiste en que si no se respetan los pactos, difícilmente podrá conseguirse una convivencia pacífica. En última instancia es la naturaleza social del hombre la que fundamenta el Derecho natural. En consecuencia, éste existiría, según la famosa hipótesis de Grocio, «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios o que no se cuida de las cosas humanas»²⁴.

Desde el punto de vista del método empírico, el iusnaturalismo es un pensamiento jurídico superado. Por ello, Olivecrona apenas dedica atención a su crítica. En realidad, su caballo de batalla es el positivismo jurídico, porque, a pesar de su pretensión científicista, no está, según Olivecrona, libre de elementos metafísicos²⁵. En relación con el iusnaturalismo afirma: «Es obvio que no es posible establecer científicamente principios de Derecho natural, *por la simple razón de que ningún deber puede derivarse de los hechos*»²⁶. En el mismo sentido, en otro lugar afirma que «la tendencia efectiva a seguir ciertos principios indicados por la razón no es Derecho»²⁷.

El iusnaturalismo, por lo tanto, viola la denominada Ley de Hume, según la cual del ser no se puede pasar al deber ser. En efecto, según afirma este autor, los sistemas morales adolecen de un vicio común: pasar injustificadamente del ser al deber ser. Según Hume, estos tratados comienzan ordinariamente hablando de los distintos quehaceres humanos, pero pronto, afirma, se encuentra uno «con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones *es y no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*»²⁸. Este cambio imperceptible es, en su opinión, de la máxima importancia: «En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa

²³ El principio *pacta sunt servanda* se recoge en GROCIO, ob. cit., prol. 15.

²⁴ *Ibid.*, prol. 8 y 11.

²⁵ Sobre la metafísica en Olivecrona, vid. VERGARA, O., *El Derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004, pp. 57-82, esp. 79-82.

²⁶ OLIVECRONA, K., «Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», *New York University Review* (1959), p. 129. Existe trad. Española: «Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre el problema capital de la Filosofía del Derecho», trad. de Vergara, O., *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5 (sept. 2013-feb. 2014), pp. 248-263.

²⁷ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2.ª ed. Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 14. Existe traducción castellana: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980.

²⁸ HUME, D., *Tratado sobre la naturaleza humana*, l. I, p. I, sec. I. Se ha consultado la ed. de Duque, F., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 633-634.

alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes»²⁹.

A juicio de Olivecrona, el único modo de esquivar esta dificultad, consiste en transformar la ley natural en ley de Dios. El propio Grocio afirma que los preceptos de la ley natural son preceptos divinos en la medida en que están basados en la naturaleza humana, que es creación de Dios. Pufendorf afirma también que la ley natural no subsistiría si Dios no existiese, porque una ley sólo la puede dictar un superior³⁰. Por tanto, argumenta Pufendorf, si Dios no existiese, los principios de la razón no serían obligatorios y sólo valdrían como las prescripciones del médico³¹. En cambio, si Dios nos ha provisto con una naturaleza social, su voluntad es que observemos todas aquellas normas que son conformes con ella, las cuales son obligatorias para nosotros³².

Por ello afirma Olivecrona que, en el fondo, la ley natural es una clase de ley divina³³. Es claro que él no puede aceptar una conclusión metafísica. Y metafísica es, para él, todo aquello que se escapa a la consideración del Derecho como hecho, más allá del dato de experiencia³⁴. La metafísica se opone radicalmente al paradigma científico: «Volver a la posición metafísica [...] equivaldría a una declaración de bancarrota de la ciencia jurídica»³⁵. Según Olivecrona, hay «una razón muy simple» por la que el fenómeno jurídico en su integridad no puede dejar de pertenecer materialmente al mundo natural: en otro caso sería autocontradictorio³⁶. Lo explica en estos términos:

«Necesariamente, el Derecho debe ser puesto en cierta relación con los fenómenos de este mundo. Pero nada puede ser puesto en ninguna relación en el mundo del tiempo y del espacio sin pertenecer ello mismo al tiempo y

²⁹ *Ibid.*, p. 634.

³⁰ Cfr. PUFENDORF, ob. cit., lib. I, cap. 6, §§ I ss.

³¹ Cfr. *ibid.*

³² Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. 3, § XX.

³³ Cfr. OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2.ª ed., cit., p. 16.

³⁴ Cfr. VERGARA, O., ob. cit., p. 80.

³⁵ OLIVECRONA, K., «Legal Language and Reality», en NEWMAN, R. A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Company Inc., 1962, p. 168.

³⁶ Esta idea pertenece a su maestro Hägerström, que la desarrolla en HÄGERSTRÖM, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung, I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908, pp. 54-128.

al espacio. Por tanto, todo el discurso de un Derecho, que misteriosamente está por encima de los hechos de la vida, es autocontradictorio. No tiene ningún sentido en absoluto»³⁷.

En definitiva, el Derecho natural sólo puede mostrarse coherente en la medida en que participa del Derecho divino. Pero esta es una conclusión que va más allá de lo que empíricamente aceptable.

3. EL DERECHO EMPÍRICO

Desechada la «idea supersticiosa» de que el Derecho deriva de Dios, para Olivecrona es obvio que toda ley es una creación humana producida de un modo natural por seres de carne y hueso. Asimismo, sus efectos son igualmente naturales y sólo consisten en la presión psicológica que la ley ejerce sobre otros seres de carne y hueso³⁸. Natural, para Olivecrona, es sinónimo de material y no hace referencia a esencia normativa alguna. Como ha señalado L. Hierro, Olivecrona destaca con originalidad que no es sólo ni principalmente la moral la que fundamenta el Derecho, sino que, por el contrario, es el Derecho el que condiciona y fundamenta nuestras ideas morales³⁹.

Esto no es posible sin el uso regular y organizado de la fuerza por parte del Estado. En efecto, desde un punto de vista empírico lo único que cabe es verificar relaciones de causa y efecto. En el caso del Derecho, el uso regular de la fuerza genera en sus destinatarios un sentimiento de sujeción que es sólo de orden psicológico. Como ha expuesto G. Robles, todo grupo social moldea la mente de sus miembros a través de las funciones de incentivación (concesión de premios) y de represión (infligir castigos)⁴⁰. De éstas, la segunda es mucho más importante que la primera, aclara este autor, tanto desde un punto de vista cuantitativo, como desde el punto de vista de su eficacia⁴¹. Repitiendo una y otra vez el castigo (o el premio) se logra grabar en la conciencia de los individuos la tendencia a no repetir la conducta sancionada (o

³⁷ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed. Copenhagen, Einar Munksgaard, 1939, p. 16.

³⁸ Cfr. *ibid.*

³⁹ Cfr. HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Madrid, Iustel, 2009, p. 284.

⁴⁰ Cfr. ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, p.75.

⁴¹ Cfr. *ibid.*, pp. 75-76.

a repetir la premiada), con un mecanismo semejante al descrito en el famoso experimento de Pávlov. De este modo, el individuo internaliza las pautas de conducta que el grupo exige como necesarias para mantener su estructura básica⁴².

Desde un punto de vista empírico, si el Derecho se define al margen de la coacción, entonces es muy complicado distinguirlo de la moral o de costumbre, como afirma Bobbio⁴³. En un sentido similar, E. Díaz señala que el Derecho se caracteriza muy fundamentalmente por regular y delimitar el uso de la fuerza. Se trata, afirma, de algo propio y privativo suyo, sin lo cual no habría Derecho, sino otra cosa: ética, reglas del trato social o buenos consejos para actuar⁴⁴.

Olivecrona reduce el Derecho a un fenómeno de pura fuerza. Lo único que especifica o distingue la clase de fuerza en que el Derecho consiste es que, a diferencia de la violencia criminal, la del Derecho está organizada, esto es, monopolizada por el Estado y canalizada a través de sus normas. Se trata de una tesis particularmente radical. No es que el Derecho esté respaldado por la fuerza, como tradicionalmente se había sostenido, sino que el Derecho *es* esencialmente fuerza:

«El Derecho, tal y como es aplicado en la vida real, incluye alguna clase de fuerza. Es fuerza organizada, regulada, usada contra los delincuentes, deudores y otros, de acuerdo con patrones establecidos por los legisladores. Pero la fuerza como tal no puede ser opuesta a cierto tipo de fuerza. El ladrón y el asesino hacen uso de la fuerza al cometer sus crímenes. Pero es imposible negar que la fuerza es usada también contra ellos cuando les es aplicado el castigo»⁴⁵.

La violencia ejercida por el delincuente y la aplicada sobre él por el funcionario público son, pues, de la misma clase. Según Olivecrona, la distinción entre una y otra sólo puede hacerse sobre la base de una «concepción metafísica del Derecho», construida a partir de la consideración de que el Derecho incluye un poder sobrenatural: el poder de obligar⁴⁶.

⁴² Cfr. *ibid.*, p. 77.

⁴³ Cfr. BOBBIO, N., «Diritto e forza», *Rivista di Diritto Civile* (1966), p. 539.

⁴⁴ Cfr. DÍAZ, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 69.

⁴⁵ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., cit., p. 126.

⁴⁶ Cfr. OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., cit., pp. 126-127; *Gesetz und Staat*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1940, p. 123.

Consecuentemente, el Derecho consiste principalmente en reglas sobre la fuerza, reglas que contienen patrones de conducta para el ejercicio de la fuerza⁴⁷. Donde con más claridad se aprecia esto es en el Derecho penal, donde el juez está facultado para imponer un castigo sobre el delincuente. Pero tanto el Derecho penal, como el Derecho civil, están compuestos, a su juicio, de normas dirigidas primariamente a los funcionarios sobre el ejercicio de la fuerza. Desde un punto de vista secundario, los ciudadanos pueden conocer cómo será usada la fuerza del Estado, de la que se verán libres si omiten las conductas sancionadas con ella. En cuanto al resto de ramas del Derecho, si bien no siempre requieren el ejercicio de la fuerza, presuponen que la fuerza es aplicada regularmente por los funcionarios de acuerdo con las normas del Derecho civil y penal⁴⁸. Por lo que se refiere a las normas constitucionales, según Olivecrona, son también normas sobre el ejercicio de la fuerza. De un modo indirecto, cuando disponen el procedimiento de creación de normas penales y civiles. Y de un modo directo, cuando acogen la regulación de las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad del Estado⁴⁹.

Esto es así desde un punto de vista teórico: el Derecho es fuerza y sólo se diferencia de la de una banda criminal en su monopolio y organización. Ahora bien, si se asume un punto de vista práctico, el panorama parece ampliarse. Así, es significativo que cuando Olivecrona toma contacto con realidades concretas, no asume una posición indiferente ante la cuestión sobre el sentido del Derecho. Mencionaremos dos casos. Un estudio empírico sobre el efecto de las penas en el orden social y una toma de posición ante la II Guerra mundial.

Por lo que se refiere al primero, en «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung»⁵⁰, Olivecrona lamenta la política penal contemporánea de su país, porque, en su opinión, ha conducido a un aumento de la delincuencia. Olivecrona trata de mostrar con datos estadísticos el fracaso de cierta clase de reformas penales que su país había llevado a cabo en la década de los cincuenta, tendentes a reducir drásticamente el número de delitos tipificados con penas de privación de libertad. La misma palabra «pena», señala Olivecrona, había

⁴⁷ Cfr. *ibid.*, respectivamente, p. 134 y p. 130.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, respectivamente, p. 135 y p. 132.

⁴⁹ Cfr. *ibid.*, respectivamente, pp. 135-136 y p. 133.

⁵⁰ OLIVECRONA, K., «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, pp. 397-411.

sido suprimida y la distinción entre penas y medidas de seguridad había quedado diluida. Los jóvenes de entre 15 y 17 años no podían ingresar en prisión y los de entre 18 y 20, sólo en contados casos. La conclusión, según Olivecrona, es que la pena ha dejado de ser la consecuencia del delito⁵¹. El resultado es un claro aumento en la actividad delictiva. Entre otros datos, Olivecrona señala un aumento del 42% en el número de delitos denunciados ante la Policía. Las posibles causas son varias –migración del campo a la ciudad; existencia de más objetos que pueden ser robados; crisis de la familia, etc.– Pero Olivecrona se pregunta si la drástica rebaja de las penas no ha tenido parte considerable en este efecto⁵². A su juicio, cierta clase de delitos, cometidos sobre todo por jóvenes, no son tomados en serio, pues apenas son corregidos. Llega a la conclusión de que estas cifras han de verse como una seria advertencia. Tras la mencionada experiencia, continuar por el mismo camino parece desaconsejable⁵³. La cuestión es: eliminar o no las penas. Responder a ello exige plantearse qué sucedería si eliminamos las penas: *las consecuencias, afirma, serán insostenibles para la vida moral y material*⁵⁴.

En segundo lugar, Olivecrona también valora los hechos relativos a la II Guerra mundial. Éstos muestran, a su juicio, que el frágil equilibrio que resultó de la I Guerra mundial fue hecho añicos tras la primera gran prueba a que fue sometido. Con ello se demuestra, en su opinión, que la guerra no es la continuación de la política por otros medios, sino que la guerra es el principal medio de la política exterior de cualquier país⁵⁵. Es vano, en su opinión, querer imponer la ley a través de pactos entre Estados, pues éstos no tienen la capacidad de ordenar establemente el uso de la fuerza⁵⁶. No es una tarea sencilla sujetar, por medio de un tratado internacional, la conducta de los dirigentes de los Estados signatarios. Hay que tener en cuenta que, cuando se trata del «bienestar» de cada pueblo particular, los gobernantes tienden a relativizar el valor de los tratados y demás instrumentos de Derecho internacional. Como sus conciudadanos, dichos gobernantes están sometidos a la presión interna de la maquinaria del Estado y, por «instinto social», suelen observar sus leyes. Sin embargo, dicha presión falta en el ámbito internacional. En el fondo, los go-

⁵¹ Cfr. *ibid.*, p. 400.

⁵² Cfr. *ibid.*, p. 403.

⁵³ Cfr. *ibid.*, p. 404.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, p. 410.

⁵⁵ Cfr. OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., pp. 205-206.

⁵⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 223-224.

bernantes procuran el bienestar de sus propias comunidades políticas, lo cual convierte muchas veces los tratados internacionales en papel mojado. En su opinión, sin una organización supraestatal que pueda hacerlos cumplir no cabe pensar que los gobernantes vayan a sentirse efectivamente vinculados cuando su cumplimiento comporte serias desventajas⁵⁷.

Ante los funestos hechos que se están produciendo cuando Olivecrona realiza sus reflexiones, considera que las alternativas son dos: persistir en una situación de ajuridicidad, o crear una gran organización a costa de la soberanía de los Estados⁵⁸. Él piensa en una federación, que, además de ordenar el uso de la fuerza, permita garantizar la diversidad nacional⁵⁹. A su juicio es preciso acabar con la división entre Estados soberanos y diseñar una organización supraestatal diferente. La trágica circunstancia de la guerra allana el camino para alcanzarla, pues hace más urgente su necesidad. El bien común (*Gemeinwohl*) de Europa así parece exigirlo:

«Ha de nacer un nuevo espíritu. Así como se ha aprendido que, para poder vivir en paz, individuos y clases tienen que subordinar sus intereses al bien común, se entenderá igualmente que las naciones han de subordinarse al mejor bien común de Europa»⁶⁰.

Olivecrona aboga por la unidad europea, único modo de estar en condiciones de competir con Estados Unidos, que es un país muy superior en recursos⁶¹. Europa, a su juicio, necesita un ámbito de abastecimiento único y un ejército suficiente y unificado⁶².

En otro lugar, Olivecrona se pregunta si es Inglaterra o Alemania la que debe liderar el proceso de unificación. Contrariamente a la opinión mayoritaria de sus conciudadanos suecos, estima que el nuevo orden que

⁵⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 224-226.

⁵⁸ Recordemos que cuando Olivecrona escribe esto existía la Sociedad de Naciones, creada por el Tratado de Versalles en 1919, la cual no había sido capaz de resolver satisfactoriamente las crisis internacionales que desde aquella fecha habían tenido lugar. Evidentemente, tampoco pudo hacer nada frente a la II Guerra mundial, que más bien significó su acta de defunción. La Sociedad de Naciones transfirió en 1946 sus misiones a la ONU y desapareció jurídicamente en 1947.

⁵⁹ Cfr. OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., pp. 226-227.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 228.

⁶¹ Un comparación de sus recursos, en OLIVECRONA, K., *Europa und Amerika*, Berlín, 1943, pp. 12-24.

⁶² Cfr. *ibid.*, p. 64.

representa Alemania está en mejores condiciones de hacer realidad esa Europa unida:

«Alemania posee destacadamente condiciones efectivas para dotar a los pueblos europeos de paz, orden, libertad de trabajo y economía estable, las cuales son muy distintas de las que puede ofrecer Inglaterra»⁶³.

Para ser un bloque poderoso del estilo de los EE UU o la Unión Soviética es preciso, opina Olivecrona, estar unidos. Alemania es el camino hacia esta situación y representa, por tanto, un paso adelante⁶⁴. Pero un cambio político, en su opinión, no es suficiente. A la paz exterior hay que añadir la paz interior. En este sentido, es perentorio resolver el problema de las diferencias de clase y crear una organización económica que oriente las posibilidades productivas «hacia el bien de todo el pueblo»⁶⁵.

A la luz de esta exposición cabe señalar dos cosas. En primer lugar, bajo este planteamiento late la vieja idea moderna de que el hombre es libre e igual por naturaleza, de modo que la sociedad y el Estado son sólo productos artificiales creados para impedir la autodestrucción del hombre. Se parte de la figura del individuo aislado, que se constituye en la Modernidad en el «elemento sistemático de todo posible razonamiento jurídico»⁶⁶. Curiosamente es ésta una idea cuyo origen está en el iusnaturalismo individualista moderno⁶⁷. La base del rechazo de Olivecrona al iusnaturalismo tiene como línea de fuerza la denuncia del incumplimiento de la llamada ley de Hume, que declara ilegítimo el tránsito del ser al deber ser. Sin embargo, paradójicamente va a ser la presuposición básica de la antropología del iusnaturalismo individualista lo que le llevará a concebir el Derecho como fuerza.

En segundo lugar, Olivecrona realiza una serie de valoraciones sobre la importancia del Derecho en orden a garantizar una serie de fines; básicamente, la paz, el orden y el bienestar. De suyo no es una incoherencia con el em-

⁶³ OLIVECRONA, K., *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, p. 4. Una comparación entre una y otra, en pp. 9-20

⁶⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 26-27.

⁶⁵ Cfr. *ibid.*, p. 28.

⁶⁶ Cfr. CARPINTERO, F., *Historia breve del Derecho natural*, Marid, Colex, 2000, pp. 156 ss.

⁶⁷ Según Carpintero: «A partir de las ‘Controversias ilustres’ de Fernando VÁZQUEZ [DE MENCHACA], se vinculó de facto al *ius naturale* nuevo con un fuerte individualismo ético-jurídico que fue hecho posible mediante el empleo sistemático de las figuras del estado de naturaleza y del contrato social, en el marco de un pensamiento que por partir desde el individuo aislado e independiente no reconoce más obligaciones justas que aquellas que surjan del propio consentimiento» (*ibid.*, p. 157).

pirismo. Valorar no implica necesariamente justificar los valores, que simplemente se pueden asumir. Sin embargo, no parece que tenga sentido defender argumentativamente la puesta en práctica de unas ideas cuando se considera teóricamente que todo razonamiento práctico es irracional.

4. FINES EN EL DERECHO O FINES DEL DERECHO

No cabe negar que el Derecho tiene un contenido variable en función del lugar y del tiempo. Un Derecho que fuera igual en todas partes, afirma Jhering, sería como si el médico prescribiera el mismo tratamiento a todos los enfermos⁶⁸. Pero que esto sea así no es incompatible con que el Derecho tienda a una serie de fines que la historia muestra que no han variado. El propio Jhering recoge este dato empírico⁶⁹. La explicación parece que tiene que ver con la siguiente afirmación: «Todo Derecho existe por causa de un fin»⁷⁰. Ese fin es, para Jhering, el aseguramiento de las condiciones de vida en sociedad. En efecto, según este autor, todo ser viviente busca la realización de sus condiciones de vida. En particular, el hombre utiliza la coacción del Derecho para asegurar las suyas en sociedad. Así, pues, el Derecho puede definirse por su contenido como «la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado»⁷¹. En particular, pertenece a la vida todo lo necesario para la vida física –comida, vestido, bebida, vivienda–, pero también para el bienestar, que incluye aquellos bienes y disfrutes que, a juicio del sujeto, dan a su vida su verdadero valor, ya sean de naturaleza material, ya sean de naturaleza ideal, como el honor, el amor, la instrucción, la religión, el arte o la ciencia⁷².

Se trata de una serie de bienes que bajo una óptica ontológica podrían concebirse como bienes básicos o expresión de la naturaleza humana. Jhering sustituye naturaleza humana por sociedad. Ésta está compuesta no sólo por individuos, sino también por otros entes de carácter más contingente como el Estado, la Iglesia, las asociaciones o la multitud indeterminada⁷³. Sin em-

⁶⁸ Cfr. JHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000, p. 302.

⁶⁹ Por razones conceptuales niega que se pueda hablar de verdades jurídicas, sino que se trata de lo conveniente que ha resistido la prueba de muchos siglos. Cfr. JHERING, R. v., ob. cit., p. 303.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 303

⁷¹ *Ibid.*, p. 304.

⁷² Cfr. *ibid.*, p. 305.

⁷³ Cfr. *ibid.*, 318.

bargo, todos estos entes están compuestos por individuos. Así que al final la diferencia radica en última instancia en la aceptación o negación de la noción de naturaleza humana. Ésta es incompatible con el planteamiento de Jhering y se ha visto arriba cómo Olivecrona también la desecha. Pero, al igual que Jhering, Olivecrona hace referencia a una serie de instancias que son previas al Derecho y a las que parece de alguna manera vinculado.

a) *Protección de la vida humana y orden público*

Olivecrona vincula la creación del Derecho con la profunda necesidad de escapar a las terribles consecuencias que la ausencia de un poder organizado puede traer:

«Las realidades que tenemos en mente cuando hablamos de un ‘imperio del Derecho’ son un estado de cosas en que la monopolización y sujeción de la fuerza se ha conseguido de modo efectivo. La exigencia para tal estado de cosas deriva su fuerza de una necesidad hondamente sentida. El elevado valor en que se tiene el ‘reinado del Derecho’ tiene su contrapunto psicológico en el *vago* temor a las terribles consecuencias de la fuerza desatada»⁷⁴.

De acuerdo con el texto anterior, el Derecho responde a una necesidad objetiva. Olivecrona tiene la convicción de que sin Derecho no hay orden posible. He aquí otro pasaje similar:

«Si hacemos el experimento mental de eliminar la totalidad de las normas jurídicas, sólo permanece una desorganizada masa de personas»⁷⁵.

Partiendo de lo que sucede a nivel internacional, afirma lo siguiente:

«El creciente armamento, las reiteradas guerras y la amenaza latente de guerra incluso en tiempos de paz formal son signos evidentes de lo que la ausencia de tal fuerza significa realmente. Elimínese la fuerza organizada dentro del Estado, y las consecuencias serán similares, si no más desastrosas»⁷⁶.

⁷⁴ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., cit., p. 180.

⁷⁵ OLIVECRONA, K., «Realism and Idealism», cit., p. 122. El hombre por naturaleza es egoísta: Cfr. OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed. cit., pp. 166-168.

⁷⁶ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., cit., p. 139. *Vid.*, en el mismo sentido, *Law as fact*, 2.ª ed., cit., p. 207, donde se habla de «necesidad imperiosa».

Estas consideraciones permiten advertir cierta similitud con lo sostenido por Hobbes⁷⁷. Sin embargo, el filósofo inglés admite que el Derecho se funda en una necesidad profunda (y objetiva) de la naturaleza humana, siendo así que su concepto del Derecho, aunque positivista, se establece «en virtud de un objetivo político, antes que como fruto de una observación pretendidamente empírica»⁷⁸. Como señala P. Serna, el concepto de Derecho en Hobbes no es descriptivo, sino normativo. Se establece en función de la tesis de la obediencia, y ésta sobre la necesidad de garantizar ciertos valores sociales, como el orden, la seguridad y la protección de la vida.

El Derecho parece obedecer a una necesidad de primer orden: «Es tan fuerte la necesidad para ello [para la monopolización de la fuerza], tan ineluctable la urgencia de tenerla»⁷⁹. Esto es así porque está conectado con la misma necesidad de supervivencia. El Derecho, por tanto, «es un instrumento sin el cual la gente no podría vivir»⁸⁰. En otro lugar añade que «tal y como están las cosas en la sociedad capitalista, el Derecho y su aplicación regular es una condición para la existencia de todos nosotros»⁸¹. Y refiriéndose especialmente al Derecho penal, escribe: «penamos estos crímenes [asesinato, homicidio, agresión, etc.] por razones de pura autopreservación»⁸².

En resumen, el temor al desorden y la necesidad de preservar la propia vida hacen necesaria una organización que monopolice y canalice el uso de la fuerza. Esta organización se llama Derecho. El orden, la supervivencia y la protección de la vida de las personas aparecen, pues, como los primeros fines objetivos del Derecho.

Adviértase cómo Olivecrona no efectúa aquí un tratamiento empírico de los valores o de los fines del Derecho, sino una defensa de éste y de su existencia dirigida a preservar dichos valores. Es decir, no sólo describe el hecho de que la supervivencia y la protección de la vida operan como valores en el

⁷⁷ Sirva a modo de ejemplo el siguiente texto: «Lo que, por tanto, se sigue de un tiempo de guerra, donde todo hombre es enemigo de todo hombre, eso mismo se sigue donde la gente vive sin más seguridad que la que es capaz de proporcionarle su propia fortaleza y su propio ingenio. En tales condiciones, no hay lugar para la industria; porque su fruto es incierto: y consiguientemente ninguna cultura sobre la tierra; ninguna navegación, como tampoco ningún bien que pueda ser importado por mar; ningún edificio confortable [...]» (HOBBS, Th., *Leviathan* (1651), en *The Collected English Works of Thomas Hobbes*, vol. III, Londres, Routledge/Thoemmes Press, 1997, p. 113).

⁷⁸ SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *Persona y Derecho*, 37 (1997), p. 300.

⁷⁹ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed. cit., p. 175.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 187.

⁸¹ OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., pp. 196.

⁸² OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed. cit., p. 165.

Derecho (esto sería compatible con un método empírico), sino que también apela a ellos como justificación del Derecho, como exigencias absolutamente ineludibles; en suma, como valores.

b) *Paz y seguridad*

Los fines de paz y seguridad también parecen vertebrar el Derecho. En efecto, un régimen basado en la mera fuerza no es sostenible a largo plazo. La misma existencia de la comunidad jurídica depende de que los ciudadanos cumplan espontáneamente con sus obligaciones. Es el único modo de garantizar una convivencia pacífica a largo plazo, y sin ésta, la comunidad desaparece. Por lo tanto, el Derecho debe procurarlos. Escribe Olivecrona:

«Es un presupuesto necesario de toda vida en comunidad que tales asociaciones [entre expresiones imperativas e ideas de acción] estén presentes igualmente en los miembros de la comunidad, y que sirvan de base para ciertos impulsos e inhibiciones que son necesarios para una convivencia pacífica [...]»⁸³.

Así, pues, la comunidad requiere no sólo paz, sino también una auténtica convivencia. Esta conexión entre paz y orden también se aprecia en este texto:

«Este orden de cosas [por el que se combina coacción y condicionamiento psicológico] es, en realidad, la médula de toda organización social superior. Constituye [...] el presupuesto necesario para una convivencia pacífica [...]»⁸⁴.

En otros lugares se habla del fin de la seguridad, que se considera un «sentimiento necesario»:

«La fuerza organizada ofrece también el necesario sentimiento de seguridad. Cuando se sabe lo estable y regularmente que es utilizado el medio de presión, se sabe también que se puede contar con mantener la posesión pacíficamente adquirida»⁸⁵.

Para Bentham, el principal objetivo del Derecho era igualmente la seguridad, mientras que el resto de objetivos, como la subsistencia, la abundancia

⁸³ OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., p. 44.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 187.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 168.

y la igualdad dependerían de aquél⁸⁶. En rigor, orden, paz y seguridad no son más que distintos aspectos o facetas de lo mismo, pues no parece que puedan concebirse por separado⁸⁷.

Por último, paz y seguridad parecen constituir, a su vez, presupuestos naturales de un razonamiento práctico favorable a la obediencia al Derecho. Paz y seguridad operan así como dos razones para obedecerlo:

«Esto [la obediencia al Derecho] sucede tanto mejor en la medida en que los hombres advierten –o al menos sienten instintivamente– cuando más necesarias son las normas para el mantenimiento de la paz y la seguridad»⁸⁸.

c) *Economía y bienestar*

La monopolización de la fuerza a través del Derecho es también «absolutamente necesaria para la vida civilizada» y «una condición vital para las actividades económicas y culturales»⁸⁹. Según Olivecrona, no pueden obtenerse alimentos, ni vestidos, ni una vivienda si no hay una maquinaria económica sustentada a través del uso regular de la fuerza en que el Derecho consiste⁹⁰. El Derecho es indispensable para ello:

«Es esta presión del Derecho la que hace posible que los productores puedan controlar adecuadamente los medios de producción: el granjero, su tierra; el industrial, su fábrica, etc. La producción no podría seguir si su

⁸⁶ Cfr. BENTHAM, J., «Principles of the Civil Code», en *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), vol. I, Edimburgo, Tait, 1843, p. 302.

⁸⁷ En opinión de Montoro, la seguridad constituye una dimensión constitutiva del Derecho, de modo semejante a como sucede con aquellas magnitudes inseparables de las cosas, como el volumen y el peso. Esto explica que desde un punto de vista histórico –no axiológico– el fin primario del Derecho haya sido la seguridad. En palabras de este autor, «ante una situación de desorden, de inseguridad, de lucha, lo primero que le preocupa e interesa al hombre desde un punto de vista vital, existencial, es acabar con la lucha y el desorden imponiendo orden, paz y seguridad» (MONTORO BALLESTEROS, A., *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 206).

⁸⁸ OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., pp. 152-153. En Ross, el carácter instrumental del Derecho respecto de la paz es claro: «El Derecho y la Moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social. Puesto que el Derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad, *para el mantenimiento de la paz*» (ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de Carrió, G. R., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 63. Cursiva añadida).

⁸⁹ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed. cit., p. 175.

⁹⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 185-186.

posesión fuera interrumpida. El Derecho también es indispensable para el comercio. Nuestro tráfico intenso es inconcebible sin un Derecho que haga los contratos eficaces, es decir, prescriba medidas ejecutivas en caso de incumplimiento. Comercio, industria, construcción, etc. dependen, además, del sistema de crédito. Pero el sistema de crédito está basado en el Derecho, o en otras palabras, en el hecho de que la fuerza organizada esté puesta a disposición del acreedor para obtener el pago si fuera necesario»⁹¹.

Por último, en el ámbito de las relaciones internacionales, si se quieren evitar fricciones y mantener abiertas las vías económicas y culturales, es necesario que tales relaciones estén, asimismo, ordenadas. Hay fuertes motivos para respetar las reglas de Derecho internacional. El comercio sería imposible si no se respetara la libertad del tráfico marítimo⁹².

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones. El Derecho, en tanto que sujeta y organiza la fuerza, tiene como consecuencia natural el orden social, el cual, a su vez, evita la lucha de todos contra todos. El resultado es, por un lado, cierta paz y la optimización de las posibilidades de supervivencia; y por otro lado, cierta seguridad, que es condición indispensable para el tráfico jurídico, y por lo tanto, para la optimización del bienestar. El propio Olivecrona efectúa el resumen, al señalar que:

«La primera y más esencial función de las normas jurídicas es regular el uso de la fuerza dentro de la organización estatal y su control efectivo para el beneficio de la comunidad. El resto de la legislación sobre el comercio, la educación, la salud pública, la seguridad social, etc. está condicionado al cumplimiento de la primera tarea»⁹³.

Por lo tanto, el Derecho está al servicio de un orden superior sin el cual la sociedad humana no podría en absoluto ser tal sociedad, pues quedaría destruida. Estamos, en suma, ante un orden de valores que justifica la garantía que con su fuerza le presta el Derecho.

Esto explica las valoraciones que realiza Olivecrona en orden a justificar el Derecho, las cuales son similares a las que efectúa Hobbes. Pero si este plan-

⁹¹ *Ibid.*, p. 186.

⁹² Cfr. *ibid.*, pp. 195-196.

⁹³ OLIVECRONA, K., «Law as fact», en SAYRE, P. (ed), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford Univ. Press, 1947, p. 556. Existe trad. castellana: «El Derecho como hecho», en AA VV., *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956.

teamiento es coherente en Hobbes, no lo es en Olivecrona, pues mientras que el primero tiene objetivos políticos y normativos, el segundo sólo pretende hacer teoría y desde un punto de vista empírico.

5. EMPIRISMO Y DERECHOS HUMANOS

Asumir la defensa de un orden de valores es una acción difícilmente compatible con un planteamiento empírico. En sus obras más recientes, Olivecrona abandona progresivamente esta defensa tan explícita⁹⁴. En efecto, no es muy congruente negar la posibilidad del conocimiento moral como conocimiento racional y, al mismo tiempo, defender un determinado orden de valores, pues esta defensa pasa a ser un puro voluntarismo. Bajo un punto de vista puramente teórico, el orden a que responde el Derecho quedaría explicado a través de determinadas necesidades básicas y aspiraciones efectivas que no podrían ser justificadas en términos de deber ni constituir por sí mismas derechos humanos.

Olivecrona tiene que plantearse si es preferible ser coherente con el método empírico o con la defensa de un orden de valores, so pena de verse, en caso contrario, obligado a desgajar de un modo incongruente sus lecciones de cátedra de su entera vida práctica. Si, como es natural en una vida que pretende tener algún sentido, Olivecrona no ve posible renunciar a la defensa de un orden de valores, quizás debería redirigir la mirada al método empírico y preguntarse si realmente éste es capaz de agotar toda la realidad. No parece una respuesta convincente decir que Sócrates no huyó de su injusta prisión porque no movió sus huesos y sus tendones⁹⁵. Si la vida humana tiene un sentido, eventualmente también lo tendrá el Derecho, como producto suyo.

En cambio, no es éste el partido que toma Olivecrona. Si en sus primeros escritos justifica axiológicamente el Derecho, incurriendo en la mencionada incongruencia teórico-práctica, en sus escritos posteriores esta justificación irá paulatinamente viéndose reducida. Olivecrona termina depurando su teoría

⁹⁴ No obstante, en el prefacio de *Law as fact*, 2.ª ed., suscribe expresamente todo lo afirmado en la primera edición, que es donde se localiza, junto con *Gesetz und Staat*, el mayor número de valoraciones. En sus memorias confirma la idea de que el monopolio jurídico de la fuerza es condición indispensable para la vida civilizada. [Cfr. OLIVECRONA, K., «Memorie autografe di K. Olivecrona», en CASTIGNONE, S., FARALLI, C. y RIPOLI, M. (eds.), *La realtà del diritto: antologia di scritti di Karl Olivecrona*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 18-19.]

⁹⁵ Cfr. PLATÓN, *Diálogos*, vol. III: *Fedón*, C. García Gual, Martínez, M. y Lledó, E. (eds.), Madrid, Gredos, 1992, 98c (p. 106).

de elementos axiológicos. Vence la tesis de que la fuerza del Derecho es esencialmente idéntica a la del criminal, con la única diferencia de que aquélla está organizada, lo que le añade un componente de seguridad y de previsibilidad.

En este punto surge con fuerza la pregunta agustiniana: ¿cuál es entonces la diferencia entre las normas de un Estado y las normas de una gran banda criminal?⁹⁶ La cuestión por el sentido del Derecho no es indiferente. Considera E. Díaz que es importante exigir que la fuerza del Derecho venga utilizada no para que el fuerte abuse de su fuerza, sino para conseguir que el individuo sea más libre y tenga más participación tanto en las decisiones políticas, como en la redistribución del producto social⁹⁷. Pero hay que plantearse de nuevo: ¿Y si el abuso lo comete la mayoría democrática? Como señala Alexy, la historia muestra que no hay motivo para una confianza ilimitada en la democracia. De hecho, el principio de mayoría es una amenaza constante para las minorías permanentes, difícilmente organizables y marginadas. Escribe Alexy:

«Poder y dinero pueden distorsionar el proceso político y los compromisos, remplazar la argumentación racional. La comunidad política puede experimentar períodos de carstificación, somnolencia y degeneración. Por tanto, el proceso democrático real, como tal, no ofrece todavía una garantía suficiente para los derechos humanos y los derechos fundamentales»⁹⁸.

Cabe afirmar que el respeto a los derechos humanos es una pieza esencial en la determinación del sentido del Derecho. G. Peces-Barba prefiere hablar de derechos *fundamentales* para remarcar su historicidad, pero él mismo reconoce que estos derechos tienen un componente racional, sólo que considera que antes de su positivación no pueden considerarse derechos, sino moralidad⁹⁹. En cambio, R. Alexy considera que los derechos fundamentales son una positivación de los *derechos* humanos¹⁰⁰. Esto conlleva una implícita pretensión

⁹⁶ Cfr. SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, IV, 4: «Remota itaque iustitia, qui sint regna nisi magna latrocinia?». Se ha consultado la ed. bilingüe de S. Santamarta. M. Fuertes y V. Capanaga, Madrid, BAC, 1988, p. 228.

⁹⁷ Cfr. DÍAZ, E., ob. cit., pp. 83-84.

⁹⁸ ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Derechos y libertades* 8 (2000), p. 40.

⁹⁹ Cfr. PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 324-326.

¹⁰⁰ Afirma: «Los derechos humanos son derechos». [ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos...», cit., p. 22.] Y en la p. 24 señala que los derechos humanos se caracterizan, entre otras cosas, porque son universales, en el sentido de que todos los seres humanos son titulares de ellos.

de corrección de los derechos fundamentales. Esta pretensión incluye una dimensión ideal y crítica en el ámbito del Derecho constitucional y en la interpretación de los derechos fundamentales¹⁰¹.

La opción de Peces-Barba no parece satisfactoria. Éste admite que la moralidad que sirve de fundamento a los derechos fundamentales tiene carácter crítico con respecto al Derecho positivo. Conlleva que si el legislador o el constituyente, según el caso, contravienen dicha moralidad, no son injustos, sino simplemente inmorales. No tiene en cuenta Peces-Barba que la justicia es un tipo de moralidad cualificada por el respeto al bien ajeno. Esto significa que el legislador está obligado en justicia a proteger y promover positivamente los bienes que están en la base de los derechos fundamentales. Antes que derechos fundamentales son derechos humanos y por ello deben ser reconocidos positivamente como tales derechos fundamentales. Siempre que hay un derecho hay un deber, pero no siempre que hay un deber hay un derecho. Como señala Alexy, los derechos humanos pertenecen, en un sentido kantiano, al ámbito de la legalidad, no al de la moralidad, puesto que lo relevante no es la motivación, sino sólo el acto externo de respeto¹⁰². Finalmente, caracterizar los derechos humanos como tales derechos, y no sólo como moralidad, tiene la ventaja, a juicio de Alexy, de que pueden ser transformados en derecho positivo sin ningún cambio de su contenido y sin pérdida de su validez moral¹⁰³.

A continuación surge el problema de la fundamentación de los derechos humanos. Éste es un tema sumamente importante y controvertido del que no podemos ocuparnos en estas líneas. Pero conviene dejar claro que los derechos humanos deben poseer una fundamentación racional, pues en otro caso dejaría de tener sentido plantearse la cuestión de su institucionalización o transformación en Derecho positivo. Sería, como ha dicho Alexy, como preguntarse por la institucionalización de una ilusión, de una decisión o una ideología¹⁰⁴. Este autor conecta la titularidad de los derechos humanos con el criterio biológico: todo ser humano es titular¹⁰⁵. Afirma, además, que la fundamentalidad de los derechos humanos es gradual, de modo que podemos distinguir un núcleo de los derechos humanos que en su centro se vuelve crecientemente más

¹⁰¹ Cfr. ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Bernal, C., Bogotá, Universidad Externado, 2003, p. 28.

¹⁰² Cfr. ALEXY, R., «La institucionalización...», cit., pp. 26-27.

¹⁰³ Cfr. *ibid.*, p. 27.

¹⁰⁴ Cfr. *ibid.*

¹⁰⁵ Cfr. *ibid.*, p. 24.

insensible frente a la historia¹⁰⁶. Estas consideraciones conectan con la idea clásica de naturaleza humana, que consideramos que es el fundamento más sólido para los derechos humanos. Como ha señalado P. Serna, al margen de ella, cualquier uso posible de la libertad es correcto. Ninguno sería capaz de perfeccionar al hombre. Por lo tanto tampoco existiría razón alguna para no limitar la libertad. Ésta se revelaría como un atributo no relevante, al resultar indiferente cualquier forma de actuación, porque en ninguna de ellas se autoexpresaría a sí mismo¹⁰⁷.

En consecuencia, tan jurídico resultaría un Estado democrático de Derecho, como un Estado totalitario. Este último, a lo sumo, sería inmoral, pero, como hemos señalado bajo este mismo epígrafe, no toda la moralidad debe materializarse en Derecho positivo. En cambio, si reconocemos a los derechos humanos un valor jurídico *per se*, entonces son debidos y permiten descubrir un sentido específico y primordial en el Derecho: la justicia o el respeto a los derechos del hombre. Si esto es así, no sólo seremos capaces de encontrar fines en el Derecho, sino que también podremos descubrir el fin del Derecho, de modo que podamos justificarlo y asumir su defensa de un modo coherente y no contradictorio.

¹⁰⁶ Cfr. *ibid.*, p. 29.

¹⁰⁷ Cfr. SERNA, P., *Positivismo conceptual...*, cit., pp. 375-376.